

横領罪と背任罪の連関性についての法制史的一考察 ： 改正刑法假案の視座（五 完）

著者	林 弘正
雑誌名	武蔵野法学
号	15
ページ	19-53
発行年	2021-09-30
URL	http://id.nii.ac.jp/1419/00001594/

横領罪と背任罪の連関性についての法制史的考察

―改正刑法假案の視座―（五 完）

林 弘 正

序言

第一章 明治初年から明治三〇年改正案における横領罪と背任罪の連関性

第一節 明治初年から改定律例に至る横領罪と背任罪の連関性（以上、第五・六号）

第二節 明治一五年刑法成立に至る各草案における横領罪と背任罪の連関性

第三節 明治一五年刑法から明治三〇年改正案における横領罪と背任罪の連関性

第二章 明治三四年改正案から明治四〇年刑法における横領罪と背任罪の連関性

第一節 明治三四年改正案から明治三五年刑法における横領罪と背任罪の連関性

第二節 明治三九年改正案から明治四〇年刑法における横領罪と背任罪の連関性（以上第一二号）

第三章 刑法改正事業における横領罪と背任罪の連関性

第一節 「刑法改正ノ綱領」に基づく刑法改正事業

第二節 刑法改正起草委員会での論議

第三節 刑法並監獄法改正調査委員会総会での論議（以上第一三号）

第四節 小括

第四章 戦後の刑法改正事業における横領罪と背任罪の連関性

第一節 改正刑法準備草案における横領罪と背任罪の連関性

第二節 改正刑法草案における横領罪と背任罪の連関性（以上第一四号）

第五章 横領罪と背任罪の連関性に関する立法例とわが国の学説

第一節 若干の立法例

第二節 わが国の学説

結語（以上本号）

第五章 横領罪と背任罪の連関性に関する立法例とわが国の学説

第一節 若干の立法例

一、明治政府は、当初律令法系の下にあり、新たな刑法施行を企図し外国法研究の必要性に迫られた。

参議副島種臣は、一八六七年（慶応三年）二月一五日パリ万国博覧会に將軍の名代として出席する徳川昭武に幕府の命により洪沢栄一らと随行し、各国を巡り一八六八年（明治元年）二月二四日帰国した箕作麟祥に一八六九年（明治二年）、フランス刑法典の翻訳を命じた。箕作麟祥は、明治三年（一八七〇年）『佛蘭西法律書』を刊行した。¹

その後、明治政府は、外国法研究のため明治八年八月三〇日司法省第二局に翻訳課を設置し、更に翻訳作業の充実を図るため同年九月一八日翻訳課を専管とする第六局を新設した。司法卿大木喬任は、司法大書記官鶴田皓に各国刑法典の翻訳を命じた。鶴田皓は、ボアソナード等のフランス人法律専門家教師の協力のもと明治一〇年一月『各国刑法類纂』を著わしている。²

ボアソナードは、明治一五年刑法編纂に際し最も参酌した外国法典としてフランス法典を挙げ、次にイタリア法案、ベルギー法典、ゲルマン法典を挙げている³。

二、現行明治四〇年刑法第三七章詐欺及び恐喝の罪第二四七条背任罪及び第三八章横領の罪第二五二条横領罪、第二五三条業務上横領罪の各構成要件を横領罪と背任罪の連関性の視点から概観する。

明治二八年案は、第二編罪名第一四章第二節「占有物横領ノ罪」において初めて横領罪との罪名を採用し、第三〇七条単純横領罪及び第三〇八条業務上横領罪の構成要件を規定した。

明治三四年改正案は、第二編罪名第一四章第一節「賊盗ノ罪」の下に第二八二条背任罪の構成要件を初めて規定し、第二節「占有物横領ノ罪」の下に第二八九条単純横領罪及び第二九〇条業務上横領罪の構成要件を規定した。

明治三四年改正案は、現行明治四〇年刑法の横領罪と背任罪規定形式の端緒となった。

三、本稿は、横領罪と背任罪の連関性を法制史的に考察するものである。

明治一五年刑法は、ボアソナード作成の刑法原案「日本帝国刑法草案」をベースにボアソナードと刑法草案取調掛鶴田皓との質疑、討論の形式で進められた。受寄財物についての各草案の節名は、以下の通りである。

日本帝国刑法草案「倒産、詐欺、取罪及ヒ背信ノ罪」、第一案「詐欺ノ倒産詐欺取財及ヒ背信ノ犯罪」、第二案「倒産詐欺取財及ヒ背信ノ犯罪」、日本刑法草案按第一稿「倒産詐欺取財背信ノ罪」、日本刑法草案按第二稿「背信ノ罪」、日本刑法草案「詐欺取財及ヒ背信ノ罪」、刑法修正案「詐欺取財及ヒ受寄財物ニ関スル罪」、明治一五年刑法「詐欺取財ノ罪及ヒ受寄財物ニ關スル罪」

明治一五年刑法第三九五條は、「受寄ノ財物借用物又ハ典物其他委託ヲ受ケタル金額物件ヲ費消シタル者ハ一月以上二年以下ノ重禁錮ニ處ス若シ騙取拐帶其他詐欺ノ所爲アル者ハ詐欺取財ヲ以テ論ス」と規定する。

本条は、フランス刑法第四百八條を参考とするものである⁴。

現行明治四〇年刑法は、第三十七章詐欺及ヒ恐喝ノ罪のもと第二四七条において初めて背任罪の構成要件を規定するが、その端緒は明治三四年改正案第二八二条にある。背任罪についての各草案の節名は、以下の通りである。

明治三四年改正案「賊盗ノ罪」、明治三五年刑法改正案「賊盗ノ罪」、明治三九年刑法改正案「詐欺及ヒ恐喝ノ罪」
現行明治四〇年刑法第二四七条背任罪の構成要件の行為は、明治三五年刑法改正案第二八一条及び明治三九年刑法改正案第二四八条と同一の「其任務ニ背キタル行為」であるが、明治三四年改正案第二八二条は「権限外ノ行為」と規定する。

背任罪の構成要件の行為の相異は、背任罪の本質を権限濫用と解するか任務違背と解するかに依拠する。

背任罪の成立経緯は、検討した明治四〇年刑法に至る各草案及び明治四〇年刑法提案理由書等からは外国刑法特にドイツ刑法の示唆について直接論及するものはない。⁵ 然しながら、現行刑法の背任罪の規定は、ドイツ刑法二六六条からの示唆を受けていると多くの論者が指摘する。⁶

本節では、わが国の刑法に影響を与えた当時のフランス刑法及びドイツ刑法を考察し、更に、改正刑法假案を継受した韓国刑法について検討する。検討する法律の文言は、その当時の条文とし、参考として現在の条文を併記する。

四、本項では、フランス刑法の横領罪の構成要件について検討する。

フランス刑法第四〇八条（一八一〇年）

第四百八條

千八百六十三年第五
月十三日如左換フ

自己ニ於テ借受、受寄及ヒ典當ノ受寄又ハ借用或ハ雇直ヲ得タル操作及ヒ雇直ヲ得サル操作等

ノ爲メ又ハ還與ヲ為スノ約束及ヒ同價ノ物ヲ還與ス可キノ約束或ハ預定ノ用法ヲ為ス可キ爲メ等ニツキ交付得タル證券、金銀、商品、證券、還與ノ證書又ハ其他借受及ヒ貸還等ノ證書類等ヲ其所有者ノ害トナル可キ方法ヲ以テ竊取シ及ヒ費

耗セシ者ハ第四百六條ニ記シタル刑ニ處セラル可シ

官署、裁判等ニ管スル官吏ニ於テ前文ニ記セシ人ノ信ニ背クノ罪ヲ犯シ又ハ僕奴、雇丁、弟子、書記官、家僮、工丁及ヒ期限ヲ定メ使役ヲ受ル撞奴等ノ其主ニ對シ其罪ヲ犯シテ害ヲ為シタル時ハ徒刑場内ニ於テ驅役スル刑ニ處セラル可シ但シ此規則ト第二百五十四條第二百五十五條等ニ記載セシ官署ニ藏スル金銀、證書等ノ類ヲ竊取、攘奪スルノ罪犯ヲ罰スルノ規則ト相抵觸スル事ナカル可シ⁷

第四百八條

千八百六十二年五月十三日如左改ム

借受附託質入借用ノ爲メ或ハ雇賃ノ有無ヲ論セス人ノ用ヲ達スル爲メ人ヨリ動産金銀手形算還ノ

證書類ヲ受取り後ニ之ヲ還シ又ハ示シ又ハ定マリタル用法ニ之ヲ用フ可キノ約ヲ爲シ其約ニ背キ此等ノ諸件ヲ竊取シ又ハ消費シテ其所有者ノ損害ヲ爲セシ者ハ第四百六條ニ記シタル刑ニ處セラル可シ

若シ行政又ハ裁判ニ管スル官吏前項ニ記セシ背信ノ罪ヲ犯シタル時又ハ僕婢、雇人、弟子、書記官、家童、工丁、年季弟子ノ其主又ハ師ニ對シ其罪ヲ犯シテ害ヲ爲シタル時ハ徒刑場内ニ於テ使役スル刑ニ處セラル可シ

但シ此規則ト第二百五十四條第二百五十五條第二百五十六條ニ記セシ公ケノ預リ所ニ藏スル金銀動産證書類ヲ竊取掠奪スル罪ヲ罰スル規則ト相觸ル、コナカル可シ⁸

右のフランス刑法四〇八條の二つの日本語訳は、箕作麟祥『佛蘭西法律書』（大學南校、明治三年）及び『各国刑法類纂 下巻』（司法省、明治一三年）を引用した。両翻訳を参照したのは、箕作訳から一〇年の経緯の中でボアソナードによるフランス刑法紹介とその理解をみるためである。

現行フランス刑法は、第四章横領第一節背信として三一四―一条から三一四―三条に横領罪を規定し、第二節質物又は差押物の横領として三一四―五条及び三一四―六條を規定する。

フランス刑法（一九九二年）

第三部 財産に対する重罪及び軽罪

第一編 不法領得

第四章 横領

第一節 背信

第三一四―一条【背信】 ① 資金、有価証券又は何らかの財物について委託を受け、又は返還、代理若しくは特定の利用を行うことを引き受けた者が、これらの物を横領する行為は、背信とする。

② 背信は、三年の拘禁刑及び二、五〇〇、〇〇〇フランの罰金で罰する。

第三一四―二条【加重的背信】 次に掲げる場合、背信は、七年の拘禁刑及び五、〇〇〇、〇〇〇フランの罰金で罰する。

一 自己の計算において、又は工業若しくは企業の実業上若しくは法的な経営者若しくはその担当者として、資金又は有価証券の引渡しを受けるために、資金を公募する者が実行したとき。

二 第三者の計算において資金又は有価証券を回収する者であつて、その第三者の財産に対する運用に日常的に従事し、又は、付随的にせよ、これに協力するその他すべての者が実行したとき。

第三一四―三条【特別受託者の背信】 裁判所の委託を受けた者又は公署官若しくは裁判所補助吏が、職務に当って若しくは職務の機会にあつて、又はその資格のゆえに、背信を行った場合、刑は一〇年の拘禁刑及び一〇〇、〇〇〇、〇〇〇フランの罰金とする。

第二節 質物又は差押物の横領

第三一四―五条【質物の破壊・横領】 ① 債務者、質借人又は質物を提供した第三者が、質物を構成する物を破壊又は横領する行為は、三年の拘禁刑及び二、五〇〇、〇〇〇フランの罰金で罰する。

② 本罪の未遂は、既遂と同一の刑で罰する。

第三一四―六条【差押物の破壊・横領】 ① 差押を受けた者が、債権者の権利の保証として、自己又は第三者の管理に委

ねられた差押物を破壊又は横領する行為は、三年の拘禁刑及び二、五〇〇、〇〇〇フランの罰金で罰する。

② 本罪の未遂は、既遂と同一の刑で罰する。⁹⁾

右に明らかなようにフランス刑法は、旧一八一〇年刑法及び現行一九九二年刑法においても、背信との節の下に横領罪、委託物横領罪及び業務上横領罪の構成要件のみを規定し、背任罪の構成要件の規定は有していない。

桜木澄和教授は、背信性(*Abus de confiance*)について一七九一年フランス刑法典の盗罪のライトモチーフとして潜在させながら、「刑法典は、このような人間関係の觀念形態を拡張して、直接間接、被害者に対する意思強制のモメントにかかわらしめる盗罪を基本類型としたうえで、人格の不可侵性を徴表する住居に対する侵害盗の比重を異状なまでに重からしめ、盗罪の家産的性格を特徴づけている。」と指摘する。¹⁰⁾

五. 本項では、ドイツ刑法第一章窃盗及び横領(*Diebstahl und Unterschlagung*)第二四六条横領罪(*Unterschlagung*)及び第二章詐欺及び背任の罪(*Betrug und Untreue*)第二六六条背任罪(*Untreue*)の構成要件について検討する。

ドイツ刑法二六六条(一八七六年)

第二編第一章 窃盗及び横領(一八七六年)

第二四六条 他人ニ属スル動産ヲ占有シ又ハ保管スル者不正ニ之ヲ自己ノ所有ト爲シタルトキハ横領ノ罪ト爲シ三年以下

ノ禁錮ニ處ス委託ヲ受ケタル物件ナルトキハ五年以下ノ懲役ニ處ス

減輕ス可キ情狀アルトキハ九百馬克以下ノ罰金ニ處スルコトヲ得

本條ノ未遂犯ハ之ヲ罰ス¹¹⁾

第二章「詐欺及び背任の罪」

第二百六十六條 左ノ人々ハ信義ヲ背キタル罪トナシ禁獄ニ處シ仍ホ公權ヲ剝奪シ或ハ兩刑ノ内一二從ヒ唯禁獄ニ處スル

ヲ得可シ

第一 後見人、監察人財産支配人賍物預人分散管財人遺言狀施行人創業支配人創業トハ何事ニヨラス事ヲ起スニテ雖ヘハ開寺開校開商等皆之ヲ云フ

若シ自ラ委托ヲ受ケ看守ス可キ人及ヒ其物件ニ付故ラニ害トナル可キ事ヲ爲シタル時

第二 人ヨリ委狀ヲ受ケタル代理人委托シタル人ノ權利等ヲ云銀及ヒ財産ヲ故ラニ害トナル可ク費用シタル時

第三 検地官評價人仲買人官ヨリ相場會社ニ付ケタル仲買人運漕司商用世話人之レ仲買人ノ事ナリ尺度官検査司之ハ金銀大小試檢司ニ關スル事船船舶荷物支配人其餘

職業ニ付官廳ニ於テ誓詞ヲ爲シタル者若シ其媒合ヲ以テ爲ス可キ事件ニ付其委托シタル者ノ爲メ故ラニ害ヲ爲シタル時

若シ己レニ利ヲ得ル爲メ或ハ他人ニ利ヲ得セシムルノ目的ニテ信義ニ背キタル事ヲ爲シタルトキハ禁獄ノ刑ノ外千¹²タ

一レ¹²ルニ至ル罰金ニ處スルヲ得可シ

本条の江家義男博士の訳文を參考に併記する。

第二百六十六條 左に掲ぐる場合は之を背任の罪と爲し經懲役に處す。仍ほ公權を剝奪することを得

一、後見人、財産管理人、係争物保管人、保佐人、破産管財人、遺言執行人又は寄附財團管理人、故意にその管理を委託せられたる人又は物に損害を加ふ可き行爲を爲したるとき

二、代理人故意に委託者の債權その他の財産部分に付き委託者に損害を興ふ可き處分を爲したるとき

三、土地測量人、競賣人、仲立人、貨物鑑定人、勞務者供給人、秤量人、測定人、撰査人、荷積人、荷積監査人其他官廳の命に依り業務を行ふ可き業務ある者其の委託せられたる事務を行ふに當り故意に委託者に損害を加へたるとき

自己に財産上の利益を得又は他人に之を得せしむる爲め背任の罪を犯したる者は經懲役に處する外罰金を併科することを

得¹³

江家博士は、ドイツ刑法（一八七六年）二六六条一項一号及び三号は一八五一年プロイセン刑法二四六条の背任罪規定を起源とし、同条一項二号は一八五五年ザクセン刑法二八七条二項の横領罪を起源とする。¹⁴

大場茂馬博士は、横領罪及び背任罪に関する最近の立法例として一九〇九年ドイツ刑法準備案及び同年オーストリア刑法準備案を紹介する。¹⁵

なお、背任罪については、ドイツの刑法改正論議のなかで各論者より考究されている。

ダームは、刑法改正大委員会が「背任罪」について論及する。¹⁶

クラウゼは、ドイツ刑法二六六条を基に背任罪の本質を検討の後、外国刑法における背任罪規定を検討する。¹⁷
ヘルムート・マイヤーは、背任罪についてのドイツの議論の系譜を概観する。¹⁸

現行ドイツ刑法は、第二四六条横領罪及び第二六六条背任罪について以下のように規定する。

ドイツ刑法（一九九八年）

第一章 窃盗及び横領

二四六条（横領）① 他人の動産を違法に自ら領得し又は第三者に領得させた者は、その犯行が他の規定においてより重い

刑が定められていないときは、三年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

② 第一項の場合において、動産が行為者に委託されているときは、刑は五年以下の自由刑又は罰金刑とする。

③ 本条の罪の未遂は、罰する。¹⁹

第二章 詐欺及び背任

二六六条（背任）① 法律、官庁の委託若しくは法律行為により与えられた、他人の財産を処分し若しくは他人に義務を負わせる権限を濫用し、又は、法律、官庁の委託、法律行為若しくは信認^{マウツ}関係に基づいて負担する、他人の財産上の利益を守る義務に違反し、これにより、その財産上の利益を保護すべき者に不利益を加えた者は、五年以下の自由刑又は罰

金刑に処する。

② 第二四三条第二項及び第二四七条、第二四八条a及び第二六三条第三項を準用する。²⁰⁾

樋口亮介教授は、二四六条について以下のよう指摘する。

「一九九八年改正によって、ドイツの横領罪は、他人の動産に対する領得行為全般を処罰する極めて簡素な構成要件とされた。処罰範囲は、領得の存否、すなわち、他人の所有物を自己又は第三者の物であるかのような振舞いによってのみ画されるため、窃盗罪に対して理論的に独自の議論はほとんど存在しない。(中略) 明文によって、他罪が成立する場合には他罪が優先するとされており、横領罪は受皿的構成要件(Aufhangtatbestand)とされている。」²¹⁾

六、本項では、韓国刑法第四〇章横領及び背任の罪第三五五条、第三五六条及び第三五七条の各構成要件について検討する。

韓国における刑法典は、一九一〇年八月、日韓併合に伴い一九一二年朝鮮刑事令(明治四五年朝鮮総督府制令第一一号)により日本の刑法典がほとんどそのまま施行された。一九四五年八月、終戦により南朝鮮が米軍管理下におかれ、同年一月二日米軍政法令第二一号により従来の日本統治下の諸法規中、韓国人の差別待遇にわたるような法令の規定以外はそのまま有効性を継続するとされ、刑法も従前通り継承された。

一九四七年、米軍政庁法務府内に、法務部長金用茂を委員長とする刑法典編纂委員会が設置され、一九四八年、大韓民国政府樹立に伴い、法典編纂事業は韓国政府司法部に引き継がれ、法典編纂委員会で論議された。刑法典は、刑法典起草委員会で論議されたのち法典編纂委員会での決定を受け国会審議を経て一九五三年九月一八日法律第二九三号として公布され同年一〇月三日施行された。

刑法典編纂過程での審議状況について、刑法典起草委員会第一仮案・韓国刑法要綱が可決され、法律案審

議委員会で第二仮案を完成し、法典編纂委員会で最終決定がされた。²²

韓国刑法第四〇章横領及び背任の罪第三五五条第一項は横領罪を同第二項は背任罪を第三五六条は業務上横領罪及び業務上背任罪を第三五七条は背任収贈罪を規定する。

韓国刑法第四〇章横領及び背任の罪の各構成要件は、わが国の改正刑法假案第四章横領及背任ノ罪第四四二条、第四四三条及び第四四四条を継受するものである。

韓国刑法典（一九五三年）

第四〇章 横領及び背任の罪

（横領、背任）

第三五五条 他人の財物を保管する者がその財物を横領しまたはその返還を拒否したときは五年以下の懲役又は五万圓以下の罰金に処する。

2 他人の事務を処理する者がその任務に違背する行為をもって財産上の利益を取得しまたは第三者をしてこれを取得させて本人に損害を加えたときも前項の刑におなじ。

（業務上の横領および背任）

第三五六条 業務上の任務に違背して前条の罪を犯した者は十年以下の懲役または五万圓以下の罰金に処する。

（背任収贈財）

第三五七条 他人の事務を処理する者がその任務に関し不正な請託をうけて財物または財産上の利益を取得した（ときはその）者は五年以下の懲役または五万圓以下の罰金に処する。

2 前項の財物または利益を供与した者は二年以下の懲役又二万五千圓以下の罰金に処する。

3 犯人が取得した第一項の財物は没収する。その財物を没収すること（を）不能にしまは財産上の利益を取得したとき

はその価額を追徴する。²³⁾

現行韓国刑法第四〇章第三五五条第一項横領罪及び同第二項背任罪、第三五六条業務上横領罪及び業務上背任罪及び第三五七条背任取贈罪の規定は、一九九五年二月二九日改正により罰金刑の金額を以下の様に変更する。

韓国刑法典(改正一九九五年二月二九日)

第四〇章 横領及び背任の罪

第三五五条 (横領、背任) 他人の財物を保管する者が、その財物を横領し、又はその返還を拒否したときは、五年以下の懲役又は一千五〇〇万ウォン以下の罰金に処する。(改正一九九五年二月二九日)

② 他人の事務を処理する者が、その任務に違背する行為によって、財産上の利益を取得し、又は第三者にこれを取得させ、本人に損害を加えたときも、前項と同様とする。

第三五六条 (業務上の横領及び背任) 業務上の任務に違背して第三五五条の罪を犯した者は、一〇年以下の懲役又は三千万ウォン以下の罰金に処する。(改正一九九五年二月二九日)

第三五七条 (背任取贈財) 他人の事務を処理する者が、その任務に関して不正な請託を受けて、財物又は財産上の利益を取得したときは、五年以下の懲役又は一千万ウォン以下の罰金に処する。(改正一九九五年二月二九日)

② 第一項の財物又は利益を供与した者は、二年以下の懲役又は五〇〇万ウォン以下の罰金に処する。(改正一九九五年二月二九日)

③ 犯人が取得した第一項の財物は、没収する。その財物を没収することができず、又は財産上の利益を取得したときは、その価額を追徴する。

韓国一九五三年刑法第三五五条は、改正刑法假案第四四二条と同様に一項で横領罪を二項で背任罪を規定する。同法第三五六条は、改正刑法假案第四四三条と同様に業務上横領罪と業務上背任罪を規定する。

申東雲教授は、韓国一九五三年刑法典制定過程で厳詳燮の法制司法委員会草案について人道主義と民主主義の観点から修正を加えたものとして高く評価する。²⁴同草案は、総則部分を初代大法院長金炳魯、各則部分を厳詳燮が起草した。²⁵

朴智賢教授は、一九五三年韓国刑法典について以下のように評価する。

「それ（＝筆者註）一九五三年韓国刑法典）は日本の改正刑法假案の内容を相当部分そのまま写したものでしかなかった。（中略）刑法典が、その大部分が日本刑法の条文の助詞と語尾をハングルに置き換えた翻訳文でしかなかったため、初期の刑法学は日本刑法と日本語の条文をハングルを用いて説明することに重点が置かれた。²⁶」

第二節 わが国の学説

一、本稿は、横領罪と背任罪の連関性についてわが国の刑法改正事業即ち立法過程を法制史的視点から四期に分けて考察するものである。

第一期は、律令法系の假刑律、新律綱領、改定律令から明治一五年刑法制定に至る期である。第二期は、明治一五年刑法施行から明治四〇年刑法定制に至る期である。第三期は、明治四〇刑法施行から改正刑法假案成立に至る期である。第四期は、改正刑法假案をベースに開始される改正刑法準備草案から改正刑法草案成立に至る期である。²⁷

第一期は、明治三年（一八七〇年）箕作麟祥『佛蘭西法律書』刊行を嚆矢とし、明治八年司法省第二局及び翌年

第六局が中心となって外国刑法典の翻訳がなされた。また、司法省は、法律顧問としてブスケ及びボアソナーを招聘しフランス刑法が紹介された。²⁸

第二期は、明治二五年（一八九二年）刑法改正審査委員会が設置され、横田國臣、三好退蔵及び倉富勇三郎等の司法官僚、古賀廉造及び石渡敏一検事、亀山貞義判事等が委員に任命された。²⁹

第三期は、明治四〇年（一九〇七年）四月一九日法律取調委員会が設置され、横田國臣判事、倉富勇三郎及び豊島直道検事、平沼騏一郎司法省民刑局長、古賀廉造内務省警保局長、勝本勘三郎京都帝国大学教授の他、村田保、三好退蔵、富井政章、磯部四郎、江木衷、原嘉道、関直彦、花井卓蔵、松室致、石渡敏一、鵜澤總明の諸氏が委員に、大場茂馬及び泉二新熊検事が幹事に任命されている。³⁰ 現行明治四〇年刑法改正の動向は、大正八年（一九一九年）七月八日設置された臨時法制審議会に委ねられ、政府は大正一〇年（一九二二年）一〇月臨時法制審議会に刑法改正の要否について諮問第四号を発した。臨時法制審議会諮問四号（刑法改正）主査委員会総裁及び委員には、倉富勇三郎、平沼騏一郎、豊島直道、関直彦、鵜澤總明、林頼三郎、泉二新熊、山岡萬之助、岩村通世等の司法官僚が主体をなし刑法学者としては牧野英一及び小野清一郎が任命された。³¹ 第三期は、泉二新熊を中心に作成した刑法改正原案起草準備案が論議の基点である。同案は、刑法改正原案起草委員会で討議に付され、刑法改正豫備草案として刑法並監獄法改正調査委員会及び刑法改正起草委員会において参考案とされた。³²

改正刑法假案は、昭和二年六月二日設置された刑法並監獄法改正調査委員会及び総会での論議の成果である。³³ 第四期は、小野清一郎法務省特別顧問を中心に刑法改正事業の展開された期である。刑法改正準備会は、法務省刑事局内に設置され改正刑法假案を踏襲した「改正刑法準備草案（未定稿）」を作成・公表した。³⁴ 第三期までの刑法改正事業は、司法官僚が主体であったが、第四期は小野博士のイニシアティブの下、法制審議会刑事法

特別部会での論議は改正刑法假案をベースに展開された。法制審議会は、法制審議会刑事法特別部会の作成した『改正刑法草案』（昭和四七年三月）を精査し、『改正刑法草案』（昭和四九年二月）を作成・公表し刑法改正事業は終了した。

二、現行明治四〇年刑法は、第三章詐欺及ヒ恐喝ノ罪のもと第二四七条で背任罪を第三章横領ノ罪のもと第二五二条で横領罪を第二五三条で業務上横領罪を規定する。山中敬一教授は、この規定形式はドイツ刑法の影響を受けているとして「詐欺罪と背任罪」とともに規定するのは、一八五一年のプロイセン刑法以来のドイツ刑法の影響を受けたものである（現行ドイツ刑法第二章）。と指摘する。³⁵

戦前の刑法改正事業は、泉二新熊博士を中心とする司法官僚のイニシアティブの下に展開され、横領罪と背任罪の同質性に着目し改正刑法假案第四四二条第一項は横領罪を同第二項は背任罪を第四四三条は業務上横領罪と業務上背任罪を第四四四条は背任の収賄罪を規定する。牧野英一博士は、刑法並監獄法改正調査委員会及び刑法改正起草委員会において積極的発言をしている唯一の刑法学者である。

戦後の刑法改正事業は、小野清一郎法務省特別顧問のイニシアティブの下に展開され、法制審議会刑事法特別部会には実務家と共に多くの刑事法研究者が参加し見解を披瀝している。

本項では、刑法改正事業に影響を及ぼしたであろう見解等を横領罪と背任罪の連関性の視点から考察する。

（一）改正刑法假案の根幹を形成した泉二新熊博士及び牧野英一博士の所説を検討する。

泉二新熊博士は、横領罪と背任罪の連関性について以下のように論ずる。

「詐欺罪ハ他人ノ錯誤ヲ惹起スルモノナルニ反シ背任罪ト横領罪トハ何レモ然ラスシテ特別ノ任務ニ違背スルモノナリ從テ背任罪ハ之ヲ横領罪ト同一章下ニ規定スルヲ以テ一層適切ナリトス」と指摘する。³⁶

横領罪については、「他人ノ物ヲ占有スル者ハ占有原因ノ本旨ニ從ヒ之ヲ支配スルノ義務ヲ負擔シ且此義務

ヲ正當ニ履行ス可キノ信任ヲ受クルコト當然ナリト謂ハサル可カラス然ルニ此信任ヲ顧ミスシテ其物ヲ横領スルカ如キハ即チ背任ノ行為タルコト明カナリ故ニ横領罪ハ第二百四十七條ノ背任罪ト其根本ノ概念ヲ同シウスルモノナリト謂フ可シ」と指摘する。³⁷

泉二博士の所説は、横領罪と背任罪を同一の章の下に規定するとの見解を明確に示されている。

なお、泉二博士は、横領罪の沿革について、「大寶律既ニ受寄財物而贓費用者坐贓論減一等。詐ニ言死失ニ以詐欺取財物論減一等。ノ規定アリ新律綱領之ヲ承ケ舊刑法亦其趣旨ヲ繼受シタリ現行法ノ規定亦其精神ニ於テ異ル所ナシト雖モ内容ハ著シク擴張セラレタルコト明カナリ」と論ずる。³⁸

牧野英一博士は、横領罪と背任罪の連関性について以下のように論ずる。

「背任罪ノ規定カ詐欺及恐喝ノ罪ノ章下ニ規定セラレタルコト、恐ラクハ妥當ヲ缺ク。犯罪ノ性質ヨリ論スレハ、横領罪ニ類似スルモノニシテ、只其ノ客體ヲ異ニスルニ過キサルモノナリ。」と論ずる。³⁹

更に、「わたくしは、横領罪をもつて、背任罪の特別な形態に在るものと見るよりも、横領罪に關する第二百五十二條と背任罪に關する第二百四十七條とを、詐欺罪に關する第二百四十六條の第一項と第二項の關係の如きだと考えてゆきたい。すなわち、横領罪は財物に關して信任の濫用を敢えてした場合であり、背任罪は財物以外の法益に關して同様の行為があつた場合である。」と指摘する。⁴⁰

牧野博士の所説は、横領罪と背任罪の同質性を指摘したうえで、両罪の差異は信任濫用の客體を財物とするかそれ以外の法益とするかにあるとする。

(二) 戦後の刑法改正事業を牽引した小野清一郎博士及び団藤重光博士の所説を検討する。

小野清一郎博士は、横領罪と背任罪の連関性について以下のように論ずる。

「横領罪と背任罪とは、他人の財物又は財産を管理する者が、その任務に背いてその財物を領得し又は財産

上不法の利益を得るといふ點で同一の性質を有するものである。財物を領得する場合が横領で、財産上不法の利益を得る場合が背任である。但し、背任の罪は、後に述べるやうに、財産上不法の利得をすることなく、單に本人に損害を加へるだけでも成り立つという點で、横領罪又は詐欺、恐喝等の罪とも異なつてゐる。いづれにしても、法典が背任罪を詐欺罪の章に規定してゐるのは體系的に誤つてゐる。背任罪は、欺罔をその要素としないのである。」と指摘する。⁴¹

「背任罪は大體において横領罪とその性質を同じくし、一は個々の財物に關する場合、他は財産一般に關する場合である。横領も一種の背任でもあるといへるが、横領罪が成立する場合には、背任罪の規定を適用する必要はない（法條競合）。なほ、背任罪につきその未遂を罰することになつてゐるが（刑二五〇條）、これは、背任罪が誤つて詐欺罪の章に規定された結果さうなつてゐるので、私は背任罪の未遂はこれを罰しないものと解する。實務上も背任未遂等の處分を見たことがない」と指摘する。⁴²

小野博士は、改正刑法假案を批判的に継受し、現行法の編纂とは異なる視点で横領及び背任の罪を同一の節で理解される。

団藤重光博士は、横領罪と背任罪の連関性について以下のように論ずる。

「横領罪も背任罪も、ともに他人の信頼にそむいて財産的損害を与えるものである点で、共通性を有する。兩者の差異は、前者が個々の財物に対するのに反し、後者は全体財産に対する点にある。現行法は背任罪を詐欺・恐喝の章に規定しているが、仮案（四四二条以下）・準備草案草案（三六〇条以下）・草案（三五〇条以下）は、いづれも横領罪・背任罪をあわせて一章に規定している。これはドイツのあたらしい草案にもみられないところで、わが国における独自の發展として注目に値するとおもう。」と指摘する。⁴³

団藤博士は、横領罪と背任罪を同一の章の下に規定する改正刑法假案、改正刑法準備草案及び改正刑法草案

の規定形式を肯定する。

三、横領罪と背任罪を同一の章に規定することを肯定する見解について検討する。

佐瀬昌三教授は、横領罪と背任罪の連関性について以下のように論ずる。

「然るに背任罪と委託物横領罪とは、共に委託者の信任關係を侵害するものなる點に於て所謂背任的犯罪としてその本質は同一である(註二)。唯その侵害行為の対象たる客体の點に於て異り、即ち横領罪は財物に対し、背任罪は原則として財物以外の財産上の利益に対するに過ぎない。故に横領罪と背任罪とは、詐欺罪における一項詐欺と二項詐欺に対応し、一項横領と二項横領とに統一的に規定して理解さるべきである。」と指摘する。⁴⁴

佐瀬教授は、更に「故に佛刑法第四六八條が、背任罪の章下に委託物横領を規定したことは正当であるが、我現行刑法が背任罪を横領罪の章下から分離し、詐欺罪の章下に規定したことは罪質上全く不合理である。」と指摘する。⁴⁵

小泉英一教授は、横領罪と背任罪の連関性について以下のように論ずる。

「背任罪 Untreue は財産に対する罪ではあるが、信任に違背する罪である。この点に於て寧ろ横領罪と同種の犯罪と見るべきである。背任罪と横領罪とは等しく他人の事務を処理する者がその信任に背く行為であつて、広い意義に於ては両者共に背任罪である。故にこの両者寧ろ同じ章に置かるべきであると考ええる。然るに法典は之を詐欺・恐喝と同一の章下に規定して居るのは妥当とはいえない。背任罪には欺罔も恐喝もないのである。」と指摘する。⁴⁶ 小泉教授は、更に、「横領罪 Unterschlagung, embezzlement は背任罪と共にその信任に背くの罪である。理論上広義における背任罪であることは前述した。刑法がこの二者を別章に規定したるは妥当とはいえない。」と批判する。⁴⁷

下村康正教授は、横領罪と背任罪の連関性について以下のように論ずる。

「現行法第二四七条の背任罪の規定が、詐欺および恐喝の罪から外され、次章の横領罪のところへ移された。当然である。背任罪の本質は、横領罪と同様、人の信任に違背することによって財産上の損害を生じさせる点にあるのであるから、理論的に考察する限り、それは、詐欺罪・恐喝罪と性質を同じくするものではない。何故なら、詐欺罪・恐喝罪は相手方の瑕疵ある意思により財物等を交付させる点にその特色を有するものだからである。」と指摘する。⁴⁸

柏木千秋教授は、横領罪と背任罪の連関性について以下のように論ずる。

「横領および背任の罪（第三章二五二―二五五および二四七）は、単純横領罪（二五二）、業務上横領罪（二五三）、占有離脱物横領罪（二五四）および背任罪（二四七）を含む。背任罪は、次に述べるとおり、横領罪と深い関係があるから、これを詐欺および恐喝の罪（第三章）の中においてるのは体系的に誤りである。」と批判する。⁴⁹

大塚仁教授は、横領罪と背任罪の連関性について以下のように論ずる。

「委託物横領罪は、その行為が、財物の委託に基づく委託者・受託者間の信任関係を破って行われる犯罪である点で、背任罪（二四七条）と共通した性格を有する。それゆえ、背任罪と委託物横領罪とを、まったく切り離した形式で規定している現行刑法典の態度は妥当とはいえない。」と批判する。⁵⁰ 大塚教授は、「学問上は、これらの罪は併発的に説明されるのが一般であるし、わが国の近年の刑法草案も、これらを同一章下にまとめて規定しようとしている（仮案四四二条以下、草案三五〇条以下、準備草案三六〇条以下）⁵¹」とし、「刑法は、背任の罪を「詐欺及び恐喝の罪」（二編三七章）の章下に規定しているが、これは、恐らく詐欺罪と背任罪とを同一章（二編二二章）中においていたドイツ刑法典（二六六条）からの影響によるものであろう。しかし、背任の罪は、詐欺の罪及び恐喝の罪と違って、相手方の瑕疵のある財産的処分行為を要素とするものではないから、これらの

罪とまとめて取り扱うことは体系論的に妥当ではない。むしろ、信任関係を破つて財産的損害を与える罪であることから、委託物横領罪と併せて規定する方が論理的であろう。」と指摘する。⁵²但し、大塚教授は、改正刑法假案第四四二条のように横領罪と背任罪を同一条文の中に規定することに付いては「横領罪と背任罪とは、信頼関係を破壊することをその内容とする点において共通性を有しつつも、同時に異なった犯罪として観念されるべきことはもちろんであつて、これらを強いて同一条文中に規定しなければならぬ程、条文数を節約すべき必要性は毫も存在しない筈だからである。」と批判する。⁵³

大塚教授は、横領罪と背任罪を同一章に規定する見解を通説的見解とする。⁵⁴

大谷 実教授は、横領罪と背任罪の連関性について法制審議会刑事法特別部会『改正刑法草案』（昭和四七年）第三章横領及び背任の罪に対して以下のように論ずる。

「本章の改正上問題となるべき点としては、三つぐらいあげることができようか。その第一は、いうまでもなく、背任罪を現行法は「詐欺及ヒ恐喝ノ罪」の章に規定していたのに、部会草案は、横領罪と併せて「横領及び背任の罪」として統合し、規定している点である。横領罪も背任罪も、ともに他人の信頼関係を前提とし、その信頼に背いて財産的に損害を加える点で共通するから、この分け方は、犯罪類型または、刑事学的類型から見ても合理的であろう。」と評価する。⁵⁵

四、横領罪と背任罪を同一の章に規定することに疑問を呈する見解について検討する。

木村 静子教授は、改正刑法準備草案において横領罪と背任罪を一括して規定することに対し「背任罪の規定を改めることなしに横領罪を一括したことは、両罪の関係をどうとらえるか、両罪をどこで区別するか、背任罪の特質は何か、という従来最も問題とされた点をそのまま残すばかりか、むしろ一そう難しくしたように思われる。背任罪は、その独自性が注文上明らかにされない限り、横領罪の一類型または横領罪の補充の規定に

なってしまうそうだからである。現行法の規定は背任罪の実体をつかむには漠然としており、そのために右の問題が生じていたのに、規定をそのままにして横領罪と一括するのでは、問題を別の方向にそらせることによって、両罪の本質的区別へのこれまでの努力はむなしくされてしまっているのではなからうか。」と批判する。⁵⁶

内田文昭教授は、横領罪と背任罪を同一の章の下におく法制審議会『改正刑法草案』（昭和四九年）に疑問を呈する。

「横領罪は、むしろ窃盗罪との共通性においてとらえられるべきである。所有権侵害のほかに占有侵害を伴うことを通常とする「窃盗罪」に対して、純粹に所有権侵害のみを内容とする「横領罪」が対置されるのである。」としたうえで、「昭和四九年改正刑法草案が、横領罪と背任罪を同一章下にまとめようとした点にも疑問があるといはなければならない。」と指摘する。⁵⁷

結語

一、本稿は、明治初期の假刑律に端を発し新律綱領及び改定律例等の東洋法系刑法とは異なる大陸法系をも参考とした明治一五年刑法及び現行明治四〇年刑法を超越しようとする刑法改正事業における横領罪と背任罪の連関性について改正刑法假案に至る立法過程及び戦後の刑法改正事業を考察するものである。

立法過程については、『日本刑法草案会議筆記冊 刑法編集日誌 日本帝国刑法草案』、『日本刑法草案筆記第IV分冊』、『旧刑法（明治一三年）（四）――I（日本立法資料全集三六一）』、『刑法（明治四〇年）（一）――III（日本立法資料全集二〇一三）』、『刑法（明治四〇年）（2）（日本立法資料全集二二）』等及び『刑法改正原案起草準備案（各則）』、『刑法改正原案準備案』、『刑法改正起草委員會議事日誌』、『監獄法政刑法改正起草委員會決議案（刑法各則編第二次整理案）』及び『法制審議会刑事法特別部会第五小委員會議事要録』等立法審議過程を記録する第一次資料に

基づいて考察した。

引用資料評価について一言する。

『刑法改正起草委員會議事日誌』は、審議過程を明らかにする数少ない資料であるが、議論の白熱した部分については「懇談」との記述で結論のみ提示され争点そのものの論議の経緯が不明である⁵⁸。

法務省『法制審議会刑事法特別部会第五小委員會議事要録(一)』(昭和三十九年九月)及び法務省『法制審議会刑事法特別部会第五小委員會議事要録(六)』(昭和四四年九月)等は、メモ程度の単なる議事要録で論議の経緯を知り得ないものである⁵⁹。

内藤 謙教授は、刑法改正準備会の審議及び法制審議会刑事法特別部会・総会の審議について「議事速記録は「部外秘」とされている。そこでは、委員その他の関係者の誰がどのような提案をし、発言をし、票決したかという審議過程は、いっさい部外には発表しないことになっている。」と指摘する。内藤教授は、西ドイツの刑法改正事業における「刑法大委員会」(Grosse Strafrechtskommission)の議事録と比し、わが国の議事速記録非公開を秘密主義と批判する⁶⁰。

資料評価として、瀧川幸辰博士は、刑法改正豫備草案の取扱いについて、「さきに一度『刑法改正豫備草案』の発表があり、裁判所、弁護士会等の意見を徴したいということで、併し私の記憶では、当局はこの草案を公表しなかったように思う。(中略)私は刑法改正という大事業が草案を公表したでもなし、全然隠して居るでもないという有耶無耶裡におかれてあったことを、不審に思ったのであった」と批判する⁶¹。

なお、本稿では参照しなかったが、『刑法並びに監獄法改正調査委員會議事速記録』(法務大臣官房調査課『法務資料別冊二三号』(昭和三二年))は、議事速記録故に審議状況を詳細に記しており、法律改正の立法経緯を記録するための資料の在り方を示唆する。

刑法改正事業は、その果実として『刑法改正監獄法改正調査委員會總會決議及留保條項（刑法總則及名例）』所謂『改正刑法假案（昭和十五年）』、『改正刑法準備草案（昭和三十六年）』及び『改正刑法草案（昭和四十九年）』を齎した。

横領罪と背任罪の連関性は、従前、改正刑法假案第四章横領及び背任ノ罪については第四四二条第一項で横領罪を第二項で背任罪を、第四四三条は業務上横領罪及び業務上背任罪を、第四四四条は背任の収賄罪を規定するとの規定様式について論及されるのみであり、如何なる経緯からその様に規定されたかの考察がなされることは稀少であった。

改正刑法假案は、その成立に至る時代背景及び思想的背景について厳しい評価がなされている。⁶² 然しながら、昭和二年以降昭和十五年まで精力を傾注した改正論議の結実である改正刑法假案には一定の評価がなされるべきである。⁶³ 取分け、本稿で考察した横領罪と背任罪の連関性については、傾聴すべき見解が披瀝されている。

二、刑法解釈学の視点から横領罪と背任罪の連関性を考察するには、両罪の本質及び判例についての詳細な検討が不可欠である。

背任罪の本質についての論議は、背信説（Treubruchstheorie）が支配的見解であり、権限濫用説（Missbrauchstheorie）が少数説であった。

刑法改正原案起草準備案第三四三条は、「他人ノ為其ノ財産ヲ處理スル権限アル者其ノ権限ヲ濫用シ」と規定し、刑法改正豫備草案第三四七条も同一の文言を規定し、権限濫用説を採用する。改正刑法假案第四四二条二項は、「他人ノ事務ヲ處理スル者自己又ハ第三者ノ利益ヲ図リテ其ノ任務ニ背キタル行為ヲ為シ」と規定し、背信説を採用する。⁶⁴

横領罪と背任罪の連関性は、両罪共に「自己の支配下にある他人の財物を恣に自己の財物とする」点で共通である。但し、自己の支配下については、横領罪は「事実上の」支配下であり、背任罪は「信任関係の下」の支配下

である点で異にする。

両罪の共通項である「自己の支配下にある他人の財物を恣に自己の財物とする」ことは、第三七章の交付罪である詐欺罪及び恐喝罪とは決定的に相異なる。

本稿は、横領罪と背任罪の連関性に視点を置いた研究であり、刑法解釈学的研究の基礎資料を提供するものである。

横領罪及び背任罪の本質及び判例についての詳細な刑法解釈学的考察は、他日を期したい。

三、横領罪と背任罪の連関性の視点から刑法改正事業の果実を検討する。

改正刑法草案は、第四三章横領及背任ノ罪のもと第四四二条第一項で横領罪を第二項で背任罪を第四四三条で業務上横領罪及び業務上背任罪を規定する。

改正刑法準備草案は、第四〇章横領及び背任の罪のもと第三六〇条で横領罪を第三六一一条で業務上横領罪を第三六二条で背任罪を第三六三条で業務上背任罪を規定する。

法制審議会改正刑法草案は、改正刑法準備草案を踏襲し第三章横領及び背任の罪のもと第三五〇条で横領罪を第三五一条で業務上横領罪を第三五二条で背任罪を第三五三条で業務上背任罪を規定する。

横領罪と背任罪の規定形式は、両罪の任務違背との共通性に鑑み同一の章の下に、また両罪の独立性を鑑み別条に規定する改正刑法草案を正当と評価する。

改正刑法草案は、現行刑法の横領罪と背任罪を別異の章に規定するのを改め同一の章の下に規定するとの見解を採用し、法制審議会改正刑法草案に結実させた始点として評価される。⁶⁵

註

- 1 津山洋学資料館『箕作麟祥と『仏蘭西法律書』』参照(www.tsuyama-yougaku.jp/Vol49.html)。二〇二一年五月二日閲覧。
- 2 『各国刑法類纂』の成立経緯について、霞信彦『明治初期刑事法の基礎研究』、慶應通信、平成二年、一四頁、一八頁註(四)及び三〇頁註(五六)参照。『各国刑法類纂』記載の項目について外国刑法典を紹介する一例として姦通罪について、拙稿「姦通罪についての法制史的一考察(一)」――【刑法改正起草委員会決議条項(刑法各則編第二次整理案)】の成立から「改正刑法假案」の成立に至る経緯――、法学新報一〇六巻五・六号(二〇〇〇年)一一六頁以下参照(拙著『改正刑法假案成立過程の研究』、成文堂、二〇〇三年、一四三頁以下参照)。
- 3 ボアソナード『刑法草案註釈 上巻』、宗文館、明治一九年、自叙七頁参照。ボアソナードは、一八七三年来日し、一八七七年築地教会にGustave Boissonade, Henriette Boissonade夫妻の名でフランスから運ばれた鐘(Adelaide Josephine Bell)を寄贈した。アドレド・ジョセフィーヌの鐘は、一九二〇年関口教会に移され現在東京カテドラルの庭の吊台に設置されている。
- 4 ボアソナード「日本帝国刑法草案」から明治一五年刑法制定に至る経緯の詳細について、拙稿「横領罪と背任罪の連関性についての法制史的一考察―改正刑法假案の視座―(二)」、武蔵野法学第二二号(二〇二〇年)一〇四頁以下参照。
- 5 明治四〇年刑法に至る各草案の経緯の詳細について、前掲註4拙稿「横領罪と背任罪の連関性についての法制史的一考察―改正刑法假案の視座―(二)」、武蔵野法学第二二号一二七頁以下参照。
- 6 江家義男博士は、明治四〇年刑法の背任罪の端緒となった明治三四年改正案について「おそらくドイツ刑法を参考にして作られたであろう。」と推測される。江家義男「背任罪の研究」、早稲田法学二二巻(一九四二年)二頁参照(『江家義男教授刑事法論文集』、一九五九年、八五頁参照)。大塚仁『刑法概説(各論)第三版』、有斐閣、平成八年、三一五頁参照。
- 7 条文訳文は、箕作麟祥『佛蘭西法律書』、大學南校、明治三年(一八七〇年)庚午晩夏参照。国立国会図書館デジタルコレクションで閲覧可能である(<https://dlndt.go.jp/info:ndljp/pid/787862> トク番号6-7/35)。二〇二一年五月二日閲覧。

- 8 条文訳文は、明治一五年刑法編纂及びその後の草案編纂時に参照された諸外国の刑法典を紹介した『各国刑法類纂 下巻』より引用する。『各国刑法類纂 下巻』、司法省、明治一三年、七三七頁以下参照。本書については、前掲註2拙稿「茲通罪についての法制史的考察（一）」^{【刑法改正起草委員會決議案（刑法各則編第二次整理案）】}の成立から「改正刑法假案」の成立に至る経緯^{【刑法改正起草委員會決議案（刑法各則編第二次整理案）】}、法学新報一〇六卷五・六号一六頁以下及び一四八頁註（21）参照（前掲註2拙著『改正刑法假案成立過程の研究』、一四三頁以下及び一七四頁註（二二）参照）。なお、本書は、現在、国立国会図書館デジタルコレクシオンで閲覧可能である（<https://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/793522>）^{【NDL番号372373/868】}。一〇二一年五月二日閲覧。
- 9 条文訳文は、法務大臣官房司法法制調査部『フランス刑法典（改訂版）』、法務資料第四五二号（一九九六年）一一五頁以下参照。
- 10 桜木澄和「初期市民刑法における自由と人權の諸規定―一七九一年のフランス刑法典の構造と論理―」、高柳信一・藤田勇編『資本主義法の形成と展開 一』、東京大学出版会、一九七二年、二八九頁参照。
- 11 花井卓蔵・寺田四郎『刑法総攬 全』、宇都宮出版部、大正二年、正條第二五二條参照。本書は、現行法、判決例及び外国法を三段に分けて解説する。
- 12 条文訳文は、前掲註8『各国刑法類纂 下巻』、六二五頁以下参照（<https://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/793522>）^{【NDL番号317318/868】}。一〇二一年五月二日閲覧。
- 13 条文訳文は、前掲註6江家義男「背任罪の研究」、早稲田法学二二卷一五頁以下参照（『江家義男教授刑事法論文集』、一九五九年、九六頁以下参照）。江家博士は、背任罪の比較法制史的考察として、ローマ法、ドイツ法、フランス法、イギリス法、日本法及びその他の諸国の法律について検討される。江家義男「背任罪の研究」、早稲田法学二二卷四頁以下参照（『江家義男教授刑事法論文集』、八六頁以下参照）。
- 14 前掲註6江家義男「背任罪の研究」、早稲田法学二二卷一六頁（『江家義男教授刑事法論文集』、九七頁参照）。同旨、上掲一高「背任罪理解の再構成」、成文堂、一九九七年、一二頁以下参照。
- 15 大場茂馬『刑法各論上巻』、中央大学、明治四二年、大正元年増訂五版、六八七頁及び七四三頁以下参照。

- 16 ダーム「背信罪」、司法省調査部『將來の獨逸刑法（各則）下—刑法委員會事業報告—』、司法資料第二三八号（昭和十三年）一三二頁以下参照。本書はDie kommende deutsche Strafrecht (Besonderer Teil) -Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission. 1936. の翻訳である。
- 17 F.W.クラウゼ「背任罪 (Die Untreue)」、法務大臣官房司法法制調査部『ドイツ刑法改正資料 第二卷Ⅱ（下）—比較法的研究—』、法務資料四一二号（昭和四五年）七九頁以下参照。本書は、Materialien zur Strafrechtsreform, 2. Band, Rechtsvergleichende Arbeiten, II Besonderer Teil, Bonn 1955. の翻訳である。
- 18 ヘルムート・マイヤー（中義勝訳）「背任罪」、法務資料三七三三号（一九六四年）二六一頁以下参照。マイヤー論文の抄訳は、佐伯千仞『ドイツにおける刑法改正論』、有斐閣、一九六二年、二六九頁以下に収録されている。
- 19 条文訳文は、法務省刑事局『刑事法制資料 ドイツ刑法典』、二〇二二年、二一六頁参照。
- 20 条文訳文は、前掲註19法務省刑事局『刑事法制資料 ドイツ刑法典』、二〇二二年以下参照。
- 21 樋口亮介「ドイツ財産犯講義ノート」、東京大学法科大学院ローレビュー八号（二〇一三年）一七〇頁参照。
- 22 法務大臣官房司法法制調査部『韓国刑法典』、法務資料第三五七号（昭和三十三年）三頁以下参照。第一仮案及び第二仮案の特徴について、同書四頁以下参照。
- 23 条文訳文は、前掲註22法務大臣官房司法法制調査部『韓国刑法典』、法務資料第三五七号九二頁以下参照。
- 24 申東雲『暁堂・嚴詳變「刑法論集」』、ソウル大学出版部、二〇〇四年、Ⅳ頁参照。朴智賢「軍事独裁時代の韓国の刑法学」、立命館法学三四三三三（二〇二二年）五一〇頁以下参照。
- 25 金炳魯は、牧野英一博士の下で刑法を学んだという。申東雲「刑法第二〇条の社会常規の成立の経緯」、ソウル大学校法学第四七卷第二号（二〇〇六年）一九三頁以下参照。前掲註22法務大臣官房司法法制調査部『韓国刑法典』は、総論を嚴詳變、各則部分を金炳魯の担当とする。法務大臣官房司法法制調査部『韓国刑法典』、法務資料第三五七号三頁参照。
- 26 前掲註24朴智賢「軍事独裁時代の韓国の刑法学」、立命館法学三四三三三（二〇二二年）五一〇頁以下参照。
- 27 わが国の刑法改正事業の全体の概要について、拙稿「改正刑法假案成立過程の一考察」『刑法改正起草委員會決議條項（刑

法各則編第二次整理案』を中心として」、法学新報一〇五卷一二号（一九九九年）二〇一頁以下（前掲註2拙著『改正刑法假案成立過程の研究』、一三頁以下）及び拙稿「横領罪と背任罪の連関性についての法制史的一考察」改正刑法假案の視座」、武蔵野法学第五・六号（二〇一六年）一二二頁以下参照。

28 ブスケ及びボアソナードと日本政府との雇用契約である御雇条約について、堀内節「御雇法律教師のブスケとボアソナード―雇人から雇止までの経過」、比較法雑誌八卷一号（一九七四年）一二二頁以下及び同「明治初年における司法省御雇外国人関係記録抄」『御雇法律教師のブスケとボアソナード』の補遺をかねて」、比較法雑誌九卷一号（一九七五年）二七頁以下参照。

29 前掲註27「改正刑法假案成立過程の一考察」『【刑法改正】監獄法改正起草委員會決議條項（刑法各則編第二次整理案）』を中心として」、法学新報一〇五卷一二号一二三頁及び二〇五頁註4）参照（前掲註2拙著『改正刑法假案成立過程の研究』、一五頁及び一七頁註（4）参照）。

30 前掲註27「改正刑法假案成立過程の一考察」『【刑法改正】監獄法改正起草委員會決議條項（刑法各則編第二次整理案）』を中心として」、法学新報一〇五卷一二号一二三頁、二〇七頁註6）及び二二六頁参照（前掲註2拙著『改正刑法假案成立過程の研究』、一五頁、一九頁註（6）及び四三頁参照）。

31 諮問四号「刑法改正ノ綱領」の成立経緯について、前掲註27「改正刑法假案成立過程の一考察」『【刑法改正】監獄法改正起草委員會決議條項（刑法各則編第二次整理案）』を中心として」、法学新報一〇五卷一二号一二三頁以下参照（前掲註2拙著『改正刑法假案成立過程の研究』、四三頁以下参照）。各委員会は、司法官僚を中心に構成されており、少数の東大教授が参加している。当時は、今日のようにWebでの会議はままならず、東京と神戸間の移動手段は鉄道に限られ、移動には一時間五〇分を要する状況が在京の学者中心となった理由の一つであろう。臨時法制審議会諮問四号（刑法改正）主査委員会総裁、委員及び幹事氏名について、前掲註2拙著『改正刑法假案成立過程の研究』、五〇頁註（4）参照。

32 刑法竝監獄法改正調査委員會及び刑法改正起草委員會の審議状況等について、前掲註27「改正刑法假案成立過程の一考察」『【刑法改正】監獄法改正起草委員會決議條項（刑法各則編第二次整理案）』を中心として」、法学新報一〇五卷一二号二四七頁以

- 下参照（前掲註2拙著『改正刑法假案成立過程の研究』、六八頁以下参照）。
- 33 改正刑法假案の成立経緯について、前掲註27「改正刑法假案成立過程の一考察」^{『刑法雑誌』}改正起草委員會議決條項（刑法各則編第二次整理案）』を中心として」、法学新報一〇五卷一二号二六一頁以下参照（前掲註2拙著『改正刑法假案成立過程の研究』、八五頁以下参照）。
- 34 改正刑法準備草案についての批判的考察として、法律時報三三卷八号（一九六〇年、臨時増刊・改正刑法準備草案の総合的検討）に多くの論稿が掲載されている。改正刑法準備草案は、改正刑法假案を批判的に踏襲し作成したとのであるが、泉二新熊博士と共に改正刑法假案作成の中心となった牧野英一博士は、同誌に「改正刑法準備草案について」との興味深い論文を寄稿されている。同誌三四頁以下参照。
- 35 山中敬一『刑法各論』第三版、成文堂、平成二七年、四四八頁以下参照。
- 36 泉二新熊『日本刑法論下巻』、有斐閣、明治四一年初版、大正一四年第三七版、八三一頁参照。
- 37 前掲註36泉二新熊『日本刑法論下巻』、八七二頁以下参照。
- 38 前掲註36泉二新熊『日本刑法論下巻』、八七三頁参照。
- 39 牧野英一『日本刑法第五分冊』、有斐閣、大正六年、大正一二年増訂第一六版、七九〇頁参照。
- 40 牧野英一『刑法研究第九卷』、有斐閣、昭和一五年、三五一頁及び三六二頁参照。
- 41 小野清一郎『刑法概論増訂版』、昭和三二年、法文社、三〇七頁参照。
- 42 前掲註41小野清一郎『刑法概論増訂版』、三一〇頁参照。
- 43 団藤重光『刑法綱要各論第三版』、創文社、平成二年、六二六頁以下参照。
- 44 佐瀬昌三『刑法大意（第二分冊）』、昭和一五年、昭和一六年増補版、清水書店、三七七頁以下参照。
- 45 前掲註44佐瀬昌三『刑法大意（第二分冊）』、三七八頁註（一）参照。
- 46 小泉英一『刑法各論』、昭和二九年、有信堂、二六八頁参照。
- 47 前掲註46小泉英一『刑法各論』、二七四頁参照。

- 48 下村康正「財産犯罪」、法律時報三三卷八号（一九六〇年、臨時増刊・改正刑法準備草案の総合的検討）二六四頁参照。
- 49 柏木千秋『刑法各論（下）』、昭和三十六年、有斐閣、四八三頁参照。
- 50 前掲註6大塚仁『刑法概説（各論）第三版』、二八一頁参照。
- 51 大塚仁『刑法各論上巻（改訂版）』、青林書院新社、昭和五十九年、五五三頁以下参照。
- 52 前掲註6大塚仁『刑法概説（各論）第三版』、三一五頁参照。尚、註では「仮案および草案は、このような態度をとっている（仮案二編四三章、草案二編三九章）。そして、仮案は、横領罪と背任罪を同一条文（四四二条）の中の一項と二項として規定したが、草案では別条（三五〇条、三五二条）としている。なお、仮案・草案とも業務上背任罪を加えている（仮案四四三條、草案三五三條）。と指摘する。
- 53 大塚仁「財産犯罪に関する諸問題―主として詐欺、恐喝、背任について―」（法務省刑事局『刑法改正に関する意見書集』、刑事基本法令改正資料第一号（昭和三十三年）三四〇頁参照。本書は、最高裁判所事務総局により『刑事裁判資料第一二七号（昭和三十三年）』としても印刷されている。
- 54 大塚仁『刑法概説（各論）第三版増補版』、有斐閣、平成一七年、三一五頁以下参照。
- 55 大谷実「第三十九章横領及び背任の罪」（平場安治、平野龍一編『刑法改正の研究2各則』、東京大学出版会、一九七三年、三九六頁参照。
- 56 木村静子「背任罪（三六二条・三六三条）」、日本刑法学会『改正刑法準備草案』（刑法雑誌一一卷一二号（昭和三十六年）一四三頁以下参照。
- 57 内田文昭『刑法各論上巻』、青林書院新社、昭和五四年、三五九頁及び三六〇頁註（4）参照。
- 58 本稿で参照した『刑法改正起草委員會議事日誌』は、法務図書館所蔵であり九巻から構成されている。『刑法改正起草委員會議事日誌（自第一回至第二九回）』、『刑法改正起草委員會議事日誌（自第三〇回至第五九回）』及び『刑法改正起草委員會議事日誌（自第二六〇回至第二九八回）』の三巻の表紙左下には岩村委員との記名があり、刑法改正原案起草委員、会委員の一人である岩村通世司法書記官であろう。『刑法改正起草委員會議事日誌』は、在京の委員の蔵書に保管され、

一部が大学や法務図書館に寄贈されたものと思慮する。なお、東大法学部には、手付かずの『刑法改正起草委員會議事日誌』のあることを二〇一二年第九〇回刑法学会懇親会の折、樋口亮介助教教授より示唆され、双方の日誌の照合の必要性を確認しあった。法案一次資料としては、中央大学泉二文庫に『刑法改正原案起草準備案原稿（昭和二年二月十日稿）』及び『刑法改正原案起草準備案各則（昭和二年二月一日稿）』等のガリ版印刷資料がある。前掲註27「改正刑法假案成立過程の一考察」^{『刑法改正起草委員會議決條項（刑法各則編第二次整理案）を中心として』、法学新報一〇五卷一二号二三七頁以下及び二四〇頁註一} 参照（前掲註2拙著『改正刑法假案成立過程の研究』、五六頁以下及び六〇頁註（一）参照）。

59 法制審議会、特に刑事法特別部会の構成や審議の在り方について厳しい批判がなされている。平野龍一「松尾浩也」清水誠「内藤謙」和田英夫「座談会」刑法改正手続の問題点―法制審議会批判、法律時報四六卷六号（一九七四年）四六頁以下参照。法制審議会刑事法特別部会の委員及び幹事の選任は、刑事法研究者については小野清一郎法務省特別顧問の影響力大であると推察される。委員ないし幹事に選任された刑事法研究者は、選任された故に一流の研究者であるかのような言説や雰囲気が当時の刑法学会に流布していた。そのような状況下で、各小委員会での程度の白熱した論議がなされたのか詳らかではない。団藤重光博士は、井上正仁教授のインタビューに答えて、刑法改正準備会では小野清一郎博士をフォロワーする発言であったが、法制審議会刑事法特別部会では第一小委員会委員長として毎回委員会に出席される小野博士と議論を交わしたと当時の委員会の状況を回想されている。団藤重光「わが心の旅路」、有斐閣、一九八六年、一六七頁以下参照。刑法研究会は、平場安治教授及び平野龍一教授を中心に法制審議会刑事法特別部会の作成した刑法改正草案の批判的検討を共通の意識の下にドイツの対案グループと同様にわが国の対案グループとして『刑法改正の研究1総則』、及び『刑法改正の研究2各則』を公刊し、対案作成を予定している。

60 内藤謙「日本における『古典学派』刑法理論と立法問題」、創価法学二一巻二二三号（一九九二年）一八六頁以下参照（内藤謙『刑法理論の史的展開』、有斐閣、二〇〇七年、三八四頁参照）。

61 瀧川幸辰「刑法改正のグリムプス」、法律時報四卷五号（一九三二年）三頁参照（『刑法雑筆』、文友堂、昭和十二年、

三九頁以下所収)。前掲註27「改正刑法假案成立過程の一考察」【刑法監獄法改正起草委員會決議條項(刑法各則編第二次整理案)】を中心として」、法学新報一〇五卷一二号二三九頁以下及び二四二頁註(7)参照(前掲註2拙著『改正刑法假案成立過程の研究』、五九頁以下及び六三頁註(7)参照)。

62 佐伯千仞・小林好信「刑法学史(学史)」、鵜飼信成・福島正夫・川島武宜・辻清明編集『講座 日本近代法発達史 一一、勁草書房、一九六七年、二〇八頁以下及び前掲註34中山研一「改正刑法假案の歴史的考察」改正刑法準備草案の本質規定の前提として」、法律時報三二卷八号臨時増刊・改正刑法準備草案の総合的検討二八九頁以下参照。

63 瀧川幸辰博士は、「假案とはいふものの、昭和二年から一五年まで、一三年二箇月かかって作成せられた、當時の日本の刑法學の水準を示すものである。來るべき刑法の全面改正にあたって、假案の思想的背景は修正せられるべきであるが、理論的または技術的の面は、多分に利用せられる価値があると思う。」と評価される。瀧川幸辰『刑法各論』、一九五一年、世界思想社、序文三頁参照。

64 同旨、前掲註6江家義男「背任罪の研究」早稲田法学二二卷三七頁参照(『江家義男教授刑事法論文集』、一一三頁参照)。

65 改正刑法假案についての個別研究として、申東雲「改正刑法假案における主刑としての資格喪失の成立経緯」、『井上正仁先生古稀祝賀論文集』、有斐閣、二〇一九年、四一頁以下参照。

追記 「横領罪と背任罪の連関性についての法制史的一考察」改正刑法假案の視座（二） 武蔵野法学第一二号
一三八頁

表二 横領罪と背任罪の連関性の視点から明治一五年刑法より明治四〇年刑法に至る各草案の条文比較
表二―一 単純横領罪・背任罪

明治一五年刑法	<p>第五節 詐欺取財ノ罪及受寄財物ノ罪</p> <p>第三百九十五條 受寄ノ財物借用物又ハ典物其他委託ヲ受ケタル金額物件ヲ費消シタル者一月以上二年以下ノ重禁錮ニ處ス</p> <p>若シ騙取拐帶其他詐欺ノ所爲アル者詐欺取財ヲ以テ論ス</p> <p>第三百九十六條 自己ノ所有ニ係ルト雖トモ官署ヨリ差押ヘタル物件ヲ藏匿脱漏シタル者一月以上六月以下ノ重禁錮ニ處ス但シ豪賁分散ノ際此罪ヲ犯シタル者第三百八十八條ノ例ニ照シテ處斷ス</p>
明治三年改正刑法草案	<p>第四節 詐欺取財及背信ノ罪</p> <p>第二百七十七條 自己又ハ他人ヲ利スルノ意ヲ以テ質貸、寄託、使用、貸借、質其他容假ノ名義ニテ交付セラレタル金穀、物件ヲ隱匿、消費シタル者、背信ノ罪ト爲シ一月以上三年以下ノ有期禁錮及ヒ五圓以上五〇圓以下ノ罰金ニ處ス</p> <p>第二百七十八條 自己ノ所有ニ屬スル物件ト雖トモ裁判所ヨリ差押更ニ保管ヲ託セラレタルモノヲ隱匿、消費シタル者背信ヲ以テ論ス</p> <p>第二百七十九條 寄託又ハ代理ノ名義ヲ以テ他人ノ印類又ハ捺印若クハ署名アル白紙ヲ預リ不正ニ寄託者又ハ委託者ノ利益ヲ害シ得ベキ証書ヲ作りタル者背信ヲ以テ論ス</p>
明治一八年案	<p>第二節 占有物横領ノ罪</p> <p>第二百七條 他人ノ爲メ占有スル動産又ハ不動産ヲ横領シタル者五年以下ノ懲役ニ處ス</p> <p>自己ノ動産ト雖トモ官署又ハ公署ヨリ保管ヲ命セラレタル場合ニ於テ之ヲ横領シタル者亦同シ</p>
明治二〇年案	<p>第二節 占有物横領ノ罪</p> <p>第三百十一條 他人ノ爲メ占有スル動産又ハ不動産ヲ横領シタル者五年以下ノ懲役ニ處ス</p> <p>自己ノ動産ト雖トモ官署又ハ公署ヨリ保管ヲ命セラレタル場合ニ於テ之ヲ横領シタル者亦同シ</p>

<p>明治二四年改正案</p>	<p>第一節 賊盜ノ罪</p> <p>第二百八十一條 他人ノ爲メ其事務ヲ處理スル者本ハ損害ヲ加ヘ又自己若クハ第三者ノ利益ヲ圖ル目的ヲ以テ權限外ノ行爲ヲ爲シ本ハ二財産上ノ損害ヲ加ヘタルトキ八十年以下ノ懲役ニ處ス</p> <p>第二節 占有物横領ノ罪</p> <p>第二百八十九條 他人ノ爲メ占有ル動産又ハ不動産ヲ横領シタル者五年以下ノ懲役ニ處ス</p> <p>自己ノ動産ト雖トモ官署又ハ公署ヨリ保管ヲ命ゼラレタル場合ニ於テ之ヲ横領シタル者亦同シ</p>
<p>明治二五年刑法改正案</p>	<p>第三十五章 賊盜ノ罪</p> <p>第二百八十一條 他人ノ爲メ其事務ヲ處理スル者本ハ損害ヲ加ヘ又自己若クハ第三者ノ利益ヲ圖ル目的ヲ以テ其任務ニ背キタル行爲ヲ爲シ本ハ二財産上ノ損害ヲ加ヘタルトキハ一〇年以下ノ懲役ニ處ス</p> <p>第二百八十八條 他人ノ爲メ占有ル物ヲ横領シタル者五年以下ノ懲役ニ處ス</p> <p>自己ノ物ト雖トモ公務所ヨリ保管ヲ命ゼラレタル場合ニ於テ之ヲ横領シタル者亦同シ</p>
<p>明治二九年刑法改正案</p>	<p>第三十七章 詐欺及ヒ恐喝ノ罪</p> <p>第二百四十八條 他人ノ爲メ其事務ヲ處理スル者自己若クハ第三者ノ利益ヲ圖リ又本ハ損害ヲ加フル目的ヲ以テ其任務ニ背キタル行爲ヲ爲シ本ハ二財産上ノ損害ヲ加ヘタルトキハ五年以下ノ懲役又ハ千圓以下ノ罰金ニ處ス</p> <p>第三十八章 横領ノ罪</p> <p>第二百五十三條 自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル者五年以下ノ懲役ニ處ス</p> <p>自己ノ物ト雖トモ公務所ヨリ保管ヲ命ゼラレタル場合ニ於テ之ヲ横領シタル者亦同シ</p>
<p>明治四〇年刑法</p>	<p>第三十七章 詐欺及ヒ恐喝ノ罪</p> <p>第二百四十七條 他人ノ爲メ其事務ヲ處理スル者自己若クハ第三者ノ利益ヲ圖リ又本ハ損害ヲ加フル目的ヲ以テ其任務ニ背キタル行爲ヲ爲シ本ハ二財産上ノ損害ヲ加ヘタルトキハ五年以下ノ懲役又ハ千圓以下ノ罰金ニ處ス</p> <p>第三十八章 横領ノ罪</p> <p>第二百五十二條 自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル者五年以下ノ懲役ニ處ス</p> <p>自己ノ物ト雖トモ公務所ヨリ保管ヲ命ゼラレタル場合ニ於テ之ヲ横領シタル者亦同シ</p>

表二―業務上横領罪

明治一八年案	<p>第二節 占有物横領ノ罪</p> <p>第三百八條 業務上他人ノ爲メ占有スル動産又ハ不動産ヲ横領シタル者十年以下ノ懲役ニ處ス 前項ノ罪ヲ犯シ六月以上ノ懲役ニ處ス可キ者ハ剥奪公權ヲ科シ之ヲ監視ニ付ス</p>
明治三〇年案	<p>第二節 占有物横領ノ罪</p> <p>第三百十二條 業務上他人ノ爲メ占有スル動産又ハ不動産ヲ横領シタル者十年以下ノ懲役ニ處ス 前項ノ罪ヲ犯シ六月以上ノ懲役ニ處ス可キ者ハ剥奪公權ヲ科シ之ヲ監視ニ付ス</p>
明治三四年改正案	<p>第二節 占有物横領ノ罪</p> <p>第二百九十條 業務上他人ノ爲メ占有スル動産又ハ不動産ヲ横領シタル者十年以下ノ懲役ニ處ス 本條ノ罪ヲ犯シタル者ハ公權剥奪及ヒ監視ヲ附加スルコトヲ得</p>
明治三五年刑法改正案	<p>第二十六章 占有物横領ノ罪</p> <p>第二百八十九條 業務上他人ノ爲メ占有スル物ヲ横領シタル者二年以上一〇年以下ノ懲役ニ處ス 前項ノ罪ヲ犯シタル者ハ公權剥奪及ヒ監視ヲ附加スルコトヲ得</p>
明治三九年刑法改正案	<p>第三十八章 横領ノ罪</p> <p>第二百五十四條 業務上自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル者一年以上十年以下ノ懲役ニ處ス</p>
明治四〇年刑法	<p>第三十八章 横領ノ罪</p> <p>第二百五十三條 業務上自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル者十年以下ノ懲役ニ處ス</p>